

翻  
訳

ジャン・フィリップ・レヴィ「中世学識法における証明の序列」(三)

上  
口  
裕

訳者はしがき

目次

序論  
序章 先例

第一章 ローマ法——ゲルマン法——二世紀における慣習法の状態——カノン法  
序列の概観

I 証明一般——証明の定義

II 証拠の種類——種々の証明方法

III 「証明の程度」——証明の序列の諸段階

第二章 公知性——事実を公知たらしめる手段

第一節 公知性の理論の一般的展開(以上一二巻一号)

第二節 事実の公知性——「事実の明証性」または「外観」による証明

I 持続的または継続的事実の公知性

II 一時的または瞬時的行為の公知性

III 断続的事実の公知性

第三節 法律上の公知性

I 裁判上の自白

II 既判力

第四節 推定上の公知性または推定された公知性

第三章 「完全証明」

## 第一節 「完全証明」の種類

## I 複数証人の証言

## II 文書

## III 自白

## IV 強力もしくは有力な推定（以上二・三合併号）

## 第二節 「完全証明」の間の抵触

## 規則…「証人は文書に優る」（以上本号）

## 第四章 不完全証明—「半完全証明」および微憑

## 第一節 「半完全証明」の種類

## 蓋然的推定—「名の証人」—家内文書—文書の比較—被告人の逃亡—事実らしさ—風評

## 第二節 「半完全証明」の効果

## 単独の場合—補充宣誓を伴う場合—雪冤宣誓を伴う場合—略式訴訟における場合—複数存在する場合

## —完全証明を減殺する場合—

## 第二節 徴憑

## 軽度の推定

## 第五章 補助的証明としての宣誓

## I 宣誓の適法性と補助的性質

## II 宣誓の種類—その性格—裁判外の任意的宣誓—裁判上の任意的宣誓—訴訟物に関する宣誓—裁判上の必要的宣誓

## —雪冤宣誓—

## III 宣誓の価値

## 第六章 禁止された証明としての神判

## Alexandre III 時代までの認容—禁止—Grégoire IX 以後における消滅

## 結論 序列の論理的意味—歴史の意味—慣習法に対する影響

## 第三章 完全証明（承前）

## 第二節 完全証明の間の抵触

規則…証人は書面に優る

「完全証明」という同一の段階に属する証明の間で抵触が生ずる場合がある。原告が一旦請求を証明するならば、被告はこれを

反駁しうる証拠方法を提出することになる。例えば、原告が一〇〇リーヴルの債権あるいは所有権を証明する証人を提出するならば、被告は五〇リーヴルの債権または用益権にすぎないことを供述する証人を援用するだろう。

一般に、それを報告する証言あるいはそれを含む書面という形で問題となる自白、および、つねに反証によって反駁され、原則として証拠が存在しない場合に用いられる推定は、この場合、考慮の外に置くことが可能である。従って、書面および証言を論ずれば足りる。

これらの証拠から生ずる問題は、同種の証拠の間で矛盾するのか、あるいは、証言による証明と書証の間に抵触があるのか、によって二種類となる。

証人の供述の間に矛盾がある場合は――それぞれの主張について複数の証人が存在し、かつ、これらの主張が両立しないことが条件となるが――、裁判官はいずれかを選択しなければならないが、裁判官はいかなる原則に従うのであろうか？ 裁判官は最も信用に値する証人を支持しなければならない。著作家はこのような性質を判定するための多数の規準を挙げている。<sup>(3)</sup> 証人のすべてが同じように信用に値する場合は、裁判官は副次的に、多数という規準に従わなければならない。「信用性は証人の数に優先する」<sup>(4)</sup> *«dignitas est praeferenda numero testimonii»*。

この良識に適った規則は、いかなる場合にも「より健全な側」*«senior pars»*の主張に従うというカノン法上の原則に見合うものである。

書面が相互に矛盾する場合は、ケースごとに解決が異なる。まず、それらの書面がすべて同一当事者によって提出されるということがありうる。この場合は、書面はすべて価値を失い、相互に反駁し合うことになる。事実、書面を裁判に提出する前に、その内容を知っておくことはそれを所持する者の責任であり(証言については、これは不可能である)、<sup>(5)</sup> これを怠った場合はその責任とされる。しかし、矛盾する書面が異なる当事者によって提出された場合は、証言の場合と同様、裁判官の評価に従う。Hostiensisは、「いずれの書面をより信用すべきかは、提出者および作成者の風評、人物を勘案し、裁判官が判断しなければならぬ」*«consideret index cui scripturae magis credendum sit, considerata fama et qualitate proferentis et scribentis»* <sup>(6)</sup> である。

若干の著作家は、公文書はつねに私文書に優越するという。その根拠として、「公文書」によって確認された抵当を優先させる

Leon の勅法を挙げる<sup>(7)</sup>。他の著作家は訴訟物によって區別を設ける<sup>(8)</sup>。後期注釈学派は、その作成者に不利益に用いる場合は、私文書は公文書と同一の効果を有するとして、これらの見解を却ける<sup>(9)</sup>。従って、裁判官による選択は、文書の形式に依存しないことになる。

※

より重要なのは、証言による証明と書証の関係である。この点について、学識法は「証人は書面に優る」という規則を作り出した。

書面が用いられる範囲を考えるだけで、証言の優越性は明らかである。書面は、民事事件においてのみ証拠となり、若干の議論はあったが、公証人をして犯罪を確認させ、確認した事実について公正証書を作成させることは認められなかったのである<sup>(10)</sup>。このように重大な事件については、証人を出頭させ、裁判官の面前において供述させる方法がとられたのである。従って、書証は、刑事訴訟において要求される「光よりも明白な証明」*〔probatio luce clariores〕*となることはない。

ところで、多数の著作が生まれる契機となったのが、とりわけ証言と書面の矛盾の問題であった。中世における理論構成の出発点となったのは、著作家による引用を信するならば、ローマ法の法文にある。しかし、その法文はきわめて控え目なものである。最も明瞭な法文は二つの証明方法を同格として扱っている。「訴訟を行うに際して書証の信用性と証人の供述は同じ価値を有する」*〔In exercendis iuribus eadem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium〕*<sup>(11)</sup>。いくつかの断章は書証を優先させているように見える<sup>(12)</sup>。しかし、中世の学説は、新勅法七三をその理論の立脚点として援用した。

この新勅法の目的は限られたものであり、その前文は次のように述べている。すなわち、偽造文書を看破するためには、たんなる筆跡の比較は充分な手段ではない。偽造者は完璧な偽造を行っているのに対し、同一人による二つの書面が似ていないことがある。年齢、疾病、たんなる筆の違ひは、筆跡を変化させるのに充分である。法文はこのように述べた上で、筆跡比較の結果為替が偽造と判断されたが、文書証人を出頭させたところ、直ちに副署が自己のものであることを認め、文書の真正を確認したという、アルメニアで現に起きたばかりの事実を伝えている。新勅法は、ここから、公文書、私文書のいずれであるかを問わず、すべての文書について、少なくとも三名の文書証人を用いるべきであると結論している。

新勅法の第三章は、アルメニアで起きたことが再び起きた場合は証人を優先させるべきことを明らかにしている。この点は、「口頭で宣誓の上述べられたことは、文書それだけの場合よりも信用に値する《Ea quae viva dicuntur voce et cum iureiurando, haec digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere》」と云う、第三章の中心を成す文言に明示されているところである。

証言による証明の優越性一般を基礎づけることに役立ったのは、文脈から切り離されたこれらの若干の法文であった。しかし、次のような点に注意しなければならない。(1)法文はもっぱら書面の検真手続に関するものであって、書面の比較対照(という検真方法)との関係でのみ証人を優先させているにすぎない。(2)法文がいう証人とは、文書に「副署」した文書証人である。(3)問題となっているのは、もっぱら偽造、従って作成の真正であって、真正であることが認められた文書の内容ではない。

著作家がこの問題に関心を示しはじめるのは、一二世紀中葉である。注釈学派は、「証人の生きた声の方が文書の死んだ声よりも価値がある《Dignior est vox viva testium quam vox mortua instrumentorum》」という決まり文句を繰り返し、これによって、書証の前に証言を検討する習慣を説明している。<sup>(14)</sup>他方、教令学者は、裁判に証人が出頭することが不可欠であること、そして、証人の出頭が記録された証言(attestations écrites)に優先すべきことを肯定した。しかし、この記録された証言とは、彼らの考えによれば、記録された証言(témoignages écrits)と解される「文書」にはかならない可能性がある。<sup>(15)</sup>

いすれにせよ、この問題を明確に把握したのは、Gross によって出版された匿名の「正規裁判手続論《Ordo iudiciarius》」であり、書面に反する供述をする文書証人は文書に優先するが、文書は文書証人ではない他の証人に優先する、とした。しかし、このような区別は長くは行われなかった。<sup>(16)</sup>Huguccio は、このような区別をすることなく、文書の内容に対する証言の優越性という一般原則を打ち出した。<sup>(17)</sup>

しかし、このドグマが定着するについては抵抗がなかったわけではなく、Hugolinus は、この問題に取り組んだ「先学の間の対立《dissensiones dominorum》》」について、「二点を伝えている。<sup>(18)</sup>その第一点は、書面の偽造を主張する場合、偽造の刑事訴追にやる必要があるのか、あるいは、民事的な手段が許されるのか、すなわち、我々ならば「偽造の訴え(inscription de faux)」と呼ぶようなことが行われるまで文書は証明力を保持するのか否か、にかかわる。Johannes Bessanus は、民事的な手段を許す

立場をとり、標準注釈によって受け入れられた彼の理論が支配的となった。<sup>(20)</sup>

この第一の論争点は、従って書面の有利に解決されたのである。ローマ法の法文の抵触から生じた第二の論争点は、「二名の証人は文書よりも信用されるべきか《An maior fides habenda sit duobus testibus quam instrumento》」という問題の根本にかかわるものである。多数説は肯定的であるように思われる。Johannes Bassianusはこの点について、文書を優先させる立場をとり、間もなく Azon によって支持された。Azon は、新勅法七三が書面の検真のみを問題としていること、そして、諸法文がむしろ書面が優越するいくつかの場合を定めていることを、きわめて正しく指摘し、私文書は二名の証人によって反駁されるが、公文書については少なくとも四名または五名の証人が要求されると結論している。<sup>(21)</sup>

最後に、一三世紀はじめにポローニヤの法学者 Lanfranc de Crémone は、人間の記憶は誤りやすく、証人はつねに充分な証明をなしうるわけではないとして、証言の優越性の原則を根本的に批判した。そして、このような反対の論拠は学説の中にある種の反響を見出した。<sup>(22)</sup>

このような躊躇は断固たる決断を必要ならしめ、カノン法は間もなく有名な Innocent III の教令《Cum Iohannes Eremia》によって決断を下すことになる。<sup>(23)</sup>

### ※

Vierbe の市民である、原告隠者ジャンと被告ピエールは同市の裁判官の裁判を受けることになった。あまり重要でない最初の判決の後、Vierbe の領主としての教皇の許に上訴がなされ、事件は受命裁判官による報告に委ねられた。<sup>(25)</sup>

訴訟の争点は次のようなものであった。ジャンは、被告が彼に家屋を売り、この売買は無条件であって、支払いはすでに行われていると主張し、契約の履行として家屋の引渡を求めた。彼は、請求を裏づけるために、この主張事実を内容とする「公文書」を援用した。さらに、彼には証人として文書作成者たる公証人《tabellio》があり、これは文書の内容を確認した。これに対し、被告は、売買は終身の用益権という条件で行われたものだとして反論し、文書に文書証人として表示されていないが、しかし売買には立ち会った四名の証人の供述を、主張の根拠とした。<sup>(26)</sup> どのように判断すべきであろうか？ 一個の売買しかなかったことは明らかであり、当事者の間にも争いが無い。被告は、とくに、証言と書証に同一の証明力を与える勅法彙纂の法文の適用がないことを主張

した。被告によれば、この法文の趣旨は、書面は公証人の権威に基づいて二名の証人と同一の価値を有しうろというにすぎない。<sup>(27)</sup> 被告はこのように主張して、彼の四名の証人が書面に優先すべきことを求めた。審問の後、彼の主張が認められ、教皇は、契約は条件的であり、用益権の留保があったと判決した。

この教令の重要性は、とりわけ、それまで証言による証明の優越性を基礎づけるものとされてきた新勅法七三と比較する場合に明らかになる。すなわち、(1)教令の法文の適用範囲は一般的であり、書面の検真手続にのみかわるわけではない。(2)法文という証人が文書証人でないことは疑いがない。(3)もはや書面の作成が問題となっていないのではない。書面は偽造ではなく、不完全と看做されているのである。<sup>(28)</sup> つまり、証言によって反駁されたのは書面の内容なのである。

# ※

一二〇六年から一二〇九年の頃のものとは看做されている<sup>(29)</sup>この重要な判決以降、もはや証言の優越性が著作家によって争われることはなくなり、Lanfranc de Crénone の主張は時代遅れであるとされた。この法文によって拘束されないローマ法学者もまた証言の優越性を説くことになる。

もっとも、完全な一致があったわけではない。しかし、もはや原則を争うことが不可能であったために、議論は、Innocent III の教令によっては細部まで決定されていない具体的な適用に向けられることになる。とくに二つの問題が論じられた。書面の証明力を反駁するために必要な証人の数と、証言の優越性の範囲の問題がそれである。

第一の問題については、基本的な区別が不可欠であった。これは、文書証人と一般の証人とを同列に扱うことが不可能であったからである。前者は、まさに書面の証明力を確保し、偽造を阻止するために書面に力を貸すのである。文書の価値は、公証人による作成と同様に、文書証人にも依存している。これに対して、通常の証人は、書面それ自体によってではなく、書面を争う者によって指名される。その供述の証明力のすべては、文書の作成に立ち会ったという彼らの主張に依存するが、この主張は書面によって裏づけられていない。中世のすべての著作家は、この二種類の証人を注意深く区別した。

文書証人が、彼らを証人として記載する書面の作成に実際には立ち会わなかったと述べた場合、あるいは、印章を自己のものであると認めない場合は、まったくの偽造ではないかどうか問題となりうる。証人が、たしかに書面の作成に立ち会ったが、しか

し当事者の合意は記載とは異なった条件でなされたと述べた場合は、書面の内容が争われているのであって、公証人の誠実性が疑われることになる。<sup>(30)</sup>

これら二つのケースではどのような決定がなされるべきであろうか？

すべての文書証人が出廷し、書面に反する供述をした場合、書面は直ちに排斥される。「否認されるならば、排斥される《reprobatur, cessatur》」。しかし、文書作成に立ち会わなかったと供述する各証人はそれぞれ自己に關してのみ供述しているのであって、そのように供述しているのは彼だけである、従って、「ただ一人そのように供述する《singularis in suo dictu》」証人であるからその証言は許容されない、という理由づけによって、書面を救済しようとした著作家もいた。この理由はもっともらしいものにならず、容易に反駁された。書面が証人の立ち会いに依存しているにもかかわらず、証人がいないことになるからである。<sup>(31)</sup>

しかし、文書証人の全員ではなく、その多数が書面に反する供述をした場合はどうすべきであろうか？ 一般的な見解は、この場合も書面を無効としたが、反対の立場も有力に主張された。各証人は「ただ一人そのように供述する」証人であり、立ち会わなかったことを証明するためには、彼自身証人を提出してアリバイを明らかにする必要があるという論拠がここでも用いられた。<sup>(32)</sup>この反論が反駁されると、新たな、より厄介な反論が提出された。すなわち、文書は証人の立ち会いに依存している、ところで、立ち会ったことを否認する者を差し引いた残りの証人がなお数の上で充分であれば、なぜ書面に完全な価値を認めないのであるのか、従って、「不可欠な《necessarius》」証人と「不可欠でない《supernumerarius》」証人とを区別しなければならぬ、というのである。この理論は実務にある種の反響を見出した。<sup>(34)</sup>

最後に、「文書」が文書証人の一名によってのみ争われ、他の文書証人が死亡したか、あるいは供述しない場合は、どのような決定がなされるべきか？ この場合は、あらゆる点から見て文書の証明力が肯定されるように思われる。この証人は「ただ一人そのように供述する」証人であるだけではなく、「一名の証人」であるからである。しかし、著作家は、印章が自己のものであることを認めない一名の証人の供述によって遺言は疑わしいものになるとするディゲスタの「一法文に直面した」。<sup>(35)</sup>この法文は遺言に特殊なものなのであるか？ この法文はもっぱら、文書の有効性のために不可欠な証人、遺言に関する七名の証人の中の一名の証人の場合を規定したものであるか？ Johannes Bassianus はこれを肯定し、彼の学説は、実務家を含む後期注釈学派がとると



ころとなった。<sup>(36)</sup>しかし、注釈学派およびカノン法学者はこのような区別を設けず、すべての場合について文書は疑わしいとした。<sup>(37)</sup>

しかし、中世の法律助言者の緻密さはここにとどまらず、若干の文書証人によって争われた文書が公証人、あるいは、文書証人であるか否かを問わずその他の証人によって支持されるあらゆる種類のケースの検討に及んだ。彼らの想像力は尽きるころなく、絶えず新たなケースが考え出されたが、ここでそれをフォローすることはできない。文書と証人の供述が矛盾するすべてのケースは、*Pilius* <sup>(38)</sup>によって書面の有利に、*Innocent III* <sup>(39)</sup>および *Hosienis* <sup>(40)</sup>によって証人の有利に解決されたように思われる。いずれにしても、彼らを導いた原理は次のようなものであったと思われる。すなわち、文書証人であるか否かを問わず、文書の有利または不利に供述する証人をそれぞれ算出し、より多数である方に従うというものである。このようにして問題は文書を肯定する証人と否定する証人の間の対立に解消され、「文書」はその本来の意味をほぼ否定されたに等しく、ほとんど証人の目録以上のものではなくなったのである。<sup>(41)</sup>

従って、文書証人の名において文書を争いうる様々の危険性を考えるならば、*Beaunanoir* <sup>(42)</sup>が文書証人を用いるべきではないと主張したことは理解することができる。彼は、文書証人を用いなくとも文書は有効であるとした。この主張は、おそらく慣習法については正確であろうが、制定法に関するかぎり維持することはできないものである。<sup>(43)</sup>

※

文書に対する文書証人の優越性よりも、非文書証人の文書に対する優越性の方が、証明の序列にとって重要である。この場合は、何の関連をもたない二つのまったく異なる証明方法の対立が問題となっている。ローマ法の法文はこの種の証人の優越性をまったく認めておらず、この点に関する中世の創造はオリジナルなものである。<sup>(44)</sup>

文書を否定するためには何名の証人が必要なのであるか？ それぞれの証明方法を優越させる立場が正面から対立するのはこの点においてである。教令《*cum Iohannes*》は、事実、四名の証人を文書に優先させるものであった。しかし、これを法として拘束力のある先例と解し、四名という数を最少限と見なければならぬのであるか？ 必ずしも、そうしなければならない理由はなかったが、この法文は、しばしば援用された。注釈学派および同時期のカノン法学者は、一般に、たんなる私文書はすでに二名の証人によって反駁されうることを認めたが、公文書については、それにとってきわめて有利な立場をとった。これはすでに

Azon がとっていた立場である。彼らの推論は次のようなものであった。すなわち、公文書は二名の証人と同じ証明力を有するから、二名の証人と同価値であるが、<sup>(46)</sup>ある論者によれば、公証人を用いることによって公文書に一つの証言が付加され、また、他の論者によれば、公証人を用いるという行為によって公文書の価値はその作成に要求される（少なくとも二名の）証人の分の価値を増加されるのであるから、公文書の価値を反駁するためには、四名あるいは五名——文書証人の数が増えればそれだけ多くの——という、一名だけ多くの証人が要求される、というのである。

この学説は、<sup>(47)</sup>また Innocent IV によつて、次いで Jacques de Revigny によって強力に反駁され、後期注釈学派の多くもこれに従つた。<sup>(48)</sup>Jacques de Revigny の激しい表現は引用するに値する。彼は標準注釈について次のようにいう。「馬鹿者よ、どうして公文書は二名の証人の証明力をもつと考えるのか？……複数証人の副署と公証人の権威を伴う書面が全体として二名の証人の証明力をもつのである。それゆえ、公証人は二名の証人の証明力をもつとその後でいうが、それは同一人を二度挙げているのである。『O asine! quomodo intelligis quod publicum instrumentum habet vim duorum testium? ... Scriptura cum inscriptione testium et auctoritate tabellionis, hoc totum habet vim duorum testium. Unde quod tu dicis postea: tabellio habet vim duorum testium—unus iam resumis bis idem』」。一部の論者は、裁判官が事件の性質、印章の価値あるいは証人の信用性に從つて判決すべきだとする。<sup>(49)</sup>他の論者は、Innocent IV と同じく、すべての場合について、二名、多くても三名の証人で足りるとする。<sup>(50)</sup>

後者の見解はきわめて注目すべきである。理論上証明力を等しくする、二つの主たる「完全証明」の一方たる証言による証明が他の証明に明確に優先するのである。すなわち、書面は公証人自身の供述——これは、公証人の特殊な権威のゆえに二名の証人の供述に等しい——以上のものではないから、両者が矛盾する場合は、誤っているのは書面だということになる。<sup>(51)</sup>従つて、学識法については、これに倣う慣習法の場合と同様、「証人は書面に優る」ということができる。

※

残る第二の問題は、証言による証明の優越性は一般的な効果を有するの否か、文書の偽造の証明についてのみ妥当するの否か、特定の文書に対してのみ妥当するの否か、である。

第一点についてははっきりしている。証言は、作成の不真正の証明と同様、内容の不正確性の証明に關しても、書面に優越する。もっとも、中世の法においてはこの二つの問題は明確には区別されていない。

しかし、書面を優先させるローマ法の法文がいくつか存在するために重大な疑問が生じ、これらの法文を右の原則とどのように調和させるかが問題となった。これらの法文は例外と見るべきなのであろうか？

「Tancrède は妥協的な解決を提出した<sup>(53)</sup>。彼は二つのケースを区別しなければならないという。まず、「虚偽、欠落、条件、あるいは、文書に含まなければならないものであつて含まれていない類似の事項」(*falstas, vel defectus, vel conditio, vel aliquod simile quod debuit ibi esse et non est*)<sup>(54)</sup>。あるいは逆に、不要の記載を、公文書に対する抗弁の理由とする場合は、「つねに」(法文によって明示的に例外とされている二つの場合を除いて)証言が優先する。これに対して、当事者が書面を争うのではなく、書面あるいは証人によって、書面と矛盾する主張を証明しようとする場合は、裁判官が事件の性質を考慮して、「事件の性質により相応しい」(*magis conveniat naturae negotii*)<sup>(55)</sup>」証明方法を採用しなければならない。ある種の事柄は書面による方がより適切に証明され、他の事柄は証言によってより適切に証明されるからである。そして、「Tancrède は、「文書」を優先させる法文が問題とするすべてのケースは前者のカテゴリーに含まれると述べている。

このような解決はほとんど支持できないように思われる。訴訟において争っている者の一方が文書を、他方が証言を根拠に、例えば契約のような法律行為の内容を証明しようとする場合は、次のいずれか一方のみが当てはまるのである。すなわち、あるいは、異なる二つの契約が結ばれた(二つの証拠の食い違いはこれによって説明される<sup>(56)</sup>)。この場合は、争いは日付によって解消されることになる。あるいは、契約は一つしか存在していない。この場合は、書面または証言のいずれかが誤っているのであつて、「文書の虚偽あるいは欠落」の証明以外の問題ではありえない。

しかし、「Tancrède の理論は、とりわけ一三世紀のカノン法学者の間に多くの支持者を見出した<sup>(56)</sup>。それ自体多数の著作家がこの理論を認めていないが、彼らによつてもまた、この理論は反駁されていない。では、彼らはどのようにして書面を優先させる法文の適用を回避するのであろうか？ 彼らはこれらの法文を証言の優越性に対する例外と見るのである。従つて、彼らの主張は「Tancrède のそれよりも単純である。ところで、すべての論者によつて、この例外のリストは同じものである。

このリストは、まず、もつとも厳格な者を含めてすべての著作家によって承認され、かつ、Taucèdeの支持者によって「文書の虚偽」が主張された場合であっても有効であるとされた二つの例外を含んでいる。すなわち、(1)相続財産目録<sup>(57)</sup>。その作成の要式性、および、後の争いを排除することがその存在理由であることによる。(2)保証のために金銭を受領したことを認める女子の書面による自白<sup>(58)</sup>。この場合は、女子は反証することができず、Velléien元老院決議による保護を失う。ここでは、すべての書面に伴う真実の推定は「法律による法律に関する」推定である<sup>(59)</sup>。

その他の文書の中のある種のもは、趣旨を異にする証言に優越する。しかしTaucèdeによれば、これには文書の「虚偽」または「欠落」の証明が問題となっているのではないという条件があり、さらにこの種の文書のリストは一定でない。これは、絶対的な規則というよりも、判決をなすべき裁判官に対する指示、助言と解されるべきである<sup>(60)</sup>。すなわち、古文書あるいは多数かつ複雑な供述を内容とする文書の場合は一般に証言に優先する。人間の記憶は誤り易く、このようなケースではこれを信頼することができないからである<sup>(61)</sup>。判決、仲裁の内容、訴訟上の事実、それ自体書面によって確認された債務の支払い、永借権<sup>(62)</sup>（地代付き賃借<sup>(63)</sup>）、保証、一定割合を超えた贈与等の証明が問題となる場合は、多くの場合文書の記載が採用された。さらにそれ以外のケースもまた、多かれ少なかれ明確な形で伝えられたローマ法<sup>(64)</sup>あるいはカノン法の法文を根拠に挙げられている。逆に、婚姻、金銭支払い<sup>(66)</sup>（「金額不受領の抗弁」<sup>(67)</sup>との関係で）、売買<sup>(67)</sup>、最近の契約等——その例は多数かつ多様である——は、証人によってのみ証明されるべきことが認められた。つまるところ、厳格な規則を科すことなく、個々の事件の事情に応じて判断することが裁判官に委ねられたのである。事実、Balde<sup>(68)</sup>は、「二名あるいは三名の無頼の徒の証言よりも信用すべき、行い正しい公証人がありうる《poest esse tabellio tam emendate vite quod ei magis creditur quam vive voce forte duorum vel trium ribaldorum》」と述べている。《poest esse》。簡単にいうならば、証言による証明の優越性という規則を絶対的なものと考えたことはまったくの誤りであり、この規則は、例外を含み、証人の数が充分に多いことを前提としている。それにもかかわらず、一六世紀以降のフランス法の制度と比較するならば、この規則はその全盛期にあったと考えられる。中世法は書面に「反する、かつ、これを超える（contre et outre）」証明を許したが、この規則によれば、民事裁判官の面前における抗弁の方法によっても、刑事手続上の偽造の訴えによっても、それを行うことが可能であった。また、内容を争うこと、すなわち、偽造を証明することなく文書の記載の正確性を争うことも可能であった。

このような結果は——支配的な著作家によれば——書面に関与したとして提出されている証人と同様に、非文書証人を提出することによっても得られるのである。従って、すでに検討した留保にもかかわらず、この時代の法律助言者たちのいうように、「文書の死んだ声よりも、証人の生きた声の方がより信用される《Magis creditur vivae voci testimonium quam voci mortuae instrumentorum》」といふべき。

※

残る問題は、このような優先関係が選択された真の理由は何であつたかという点である。

この問題に関してその見解を明快に説いた中世の著作家は稀である。大部分の著作家は、この規則を自明であるかのように説くことで満足しており、もっぱら細部をめぐる議論に没頭している。

しかし、すべての著作家は、証人の「生きた声」は書面の「死んだ声」よりも「優れ」あるいは「信用に値する」という、常套句を際限なく繰り返す点では一致している。彼らは、「生きた声」という思想そのものではないにしても、少なくともそのような表現を、新勅法七三の法文から引き出したのである。しかし、新勅法七三を、彼らを決定づけることのできた真の理由と見ることは困難である。ものを書くに際しては、典拠から引き出される「権威《auctoritas》」を直ちに挙げるといふ中世的な習慣を知る者であれば、誰でも、新勅法七三が充分な理由ではなく、あらかじめ存在した思想を正当化するために援用された論拠にすぎないことを理解しよう。

中世思想に対してきわめて深い影響を与えた聖書の章句を同じように軽く扱うことは、おそらく許されないだろう。しかし、聖書の中に Daniel と Suzanne の物語<sup>(69)</sup>あるいは「これ二三の証人の口によりて、凡ての事の礎められんためなり《ut in ore duorum vel trium testimonium stet omne verbum》<sup>(70)</sup>」という有名な訓戒が見出されるが、これが引用されることは稀であり、これが決定的な役割を果たしたと考えることはできない。

卒直にいうならば、二つの観念が、証言による証明の優越性を基礎づけるために援用されたのである。その一つは自然法に由来するものであり、他方は大きな実際上の利点を挙げるものである。

前者に関しては、きわめて興味深い Innocent IV の法文がある。<sup>(72)</sup> Innocent IV は、教皇および皇帝のみが法に関して創造をなし

うるから、彼らのみが公証人を任命することができると述べた上で、この思想を次のように正当化する。「たしかに、他に根拠もなく死んだ動物の皮を信用するのであるから、公証人の職務は法に反するものである。しかし何びとも公証人の權威を楯に自然法に反することは許されていない。……なぜなら、このようなことはいわば自然に反し自然を超えたものであり……公の法律と自然法に反するからである」《certum est quod contra ius est officium tabellionis, quia chartae animalis creditur sine adminiculo alio. Sed contra ius naturale nulli venire licet sua autoritate... Sunt nam huiusmodi quasi contra naturam et miraculosa... contra leges publicas et contra ius naturale》<sup>(2)</sup> このような思想は若干の著作家によって受け容れられた。Antoine de Butrio は「文書による証明は、もともと実定法の奇跡と法の技巧によって認められたものである」《Instrumenti probatio est mere positivi iuris miraculo et iuris artificio introducta》<sup>(3)</sup>と述べ、Panormitanus は繰り返して「文書による証明は、死んだ動物の皮を信用するのであるから、超自然的であり、法に反する。これに対して、二名の証人による証明は神定法および人定法によれば自然である。従って、これが優先されるべきである」《quod probatio per instrumentum est supernaturalis, et contra ius, ut creditur pelli animalis mortui. Sed probatio quae fit per duos testes est naturalis secundum ius divinum et humanum: ergo haec est praeferenda》<sup>(4)</sup>と述べたのである。

文書は動物の皮にすぎない！この唯物論は驚くべきである。神定法による証言の優越性という考え方を生み出すのに、聖書の伝統は充分だったのであるか？

証言の実際的な優越性という、後者の論拠を取り上げることによって、觀念が整理され、真の理由に到達するように思われる。ある意味では、中世人にとっても、ときには証言の実際的な優越性が疑わしいものに見えることがあったようである。人間の記憶は誤り易く、証人の供述は本質的に変化しうるものだからである。<sup>(5)</sup>しかし逆に、証言には多くの利点、とりわけ誠実性の保障がある。証人はもっとも信用すべき者の中から選ばなければならないからである。<sup>(6)</sup>証人に科された適格性の条件はきわめて厳格であり、疑わしい者は排除された。ところが、公文書の場合、価値のない印章を添えられ、あるいは、とるに足らない証人の面前において作成されることがありえたのである。<sup>(7)</sup>証人は裁判官と反対当事者の前に立つのであり、人を確信させるその力はここから生ずる。<sup>(8)</sup>十二世紀に神学者 Jean de Salisbury が強調しているように、証人はこれを取り調べ、尋問することができる。Accurse の注

(78) 解は、裁判のもつ威厳は証人の心を動かし、彼らの役割の重大性についてその注意を促すことができる、という。証人がどのように供述するかを、躊躇するか、矛盾するか、赤面するか、動揺するかを直接見ることができる。(79) 「文書」については、この種のこととは不可能である。法廷に呼び出された証人は宣誓の上で供述するが、書面に含まれる「死んだ」証言についてはこれはありえない。証人はその知識の根拠を挙げる《*reddere rationem sui dicti*》ことを要求され、ひとは知識の根拠を問うことができる。(80) もし、直接に得た知識でなければ、証言は価値をもたない。これに対して、書面は変更することができない。これらのすべての観点は、Balde によって巧みに要約されている。(81) 「すなわち、生きた言葉の公明正大さは、より強くかつより有効に聞く者の心を動かす……なぜなら、生きた言葉は、自然によって備わった率直さのゆえに、知性に訴えるものを内にもっているからである。それゆえ、Hieronymus は聖書に対する序説において、生きた言葉は何か隠れた力を有する、と述べているのである……同様に、臆面もなく書いていることの多くは、これを口にするならば、我々は赤面するのである。同様に、証人について、いかに狼狽して供述するか、何を顔と声から知りうるかを観察しなければならない。同様に、ためらうか否か……同様に、Cassiodorus は、いかなる証言も、供述の性質の一致がある場合ほど、良心性と信用性において優れていることはない、という。語れ、しからは我汝を知らん、と俗にいわれるのはそのためである《*Acuitas enim vivae vocis fortius et efficacius movet animum auditoris*… Habet enim, in seipsum, remotionem intellectum ex veritate ei data a natura. Unde Hieronymus in prologo Biblie: habet, inquit, nescio quid latentis energie… Item multa erubescimus loqui que non erubescimus scribere. Item in teste debet videri qua trepidatione loquatur, quid in voce et visu dignoscitur. Item an vacillet… Item dicit Cassiodorus quod nullum est maius mentis et fidei testimonium quam qualitatis inspecta verborum concordia… Et quod verbum vulgi dicit: loquere, et cognoscam te》」

おらにいうことが許されるならば、証言の実際的な優越性というこの理論は、ひとが書面の性質について抱いた観念の上に成り立っていたのである。今日では、私署文書が最も一般的であり、かつ、公正文書には当事者がともに署名するから、書面は自由と看做されるが、中世においては、債務者が作成する書面というものは(とりわけ一二世紀には)稀であった。書面は、証人の面前で、公証人によって作成され、そしてしばしば公証人のみがこれを読むことができたのである。従って、書面は録取された証言、

証言書以外の何ものでもなかったのである。そうであれば、實際上の利点が明らかな本来の、すなわち口頭の証言を書面に優先させることは正常ではなからうか？

書面のこのような性質が中世の社会状態と密接に関連していることに注意しなければならない。公証人の不誠実性がこれほど恐れられ、書面の内容を容易に争うことが可能であったのは、しばしば当事者が読むことができなかったからである。証言の優越性という規則は、他の習慣によってもまた説明される。中世は偽勅令、偽教令、偽造特権文書、偽造特許状というように、偽書が氾濫した時代である。偽造所が設けられ、継続的に偽書を作り出した。教皇は絶えず偽書に注意することを促しており、Innocent IIIは、書簡においてつねに偽書に言及し、これに対抗する実際的手段を指示している<sup>(83)</sup>。

証言もまた同種の危険をもたらすことは、まだ気づかれていなかった。おそらく、学識法の著作家は慣習法の考え方に影響されていた。慣習法においては、偽証する証人にとって恐怖となる裁判上の決闘が誠実性の欠如に対抗する手段となった<sup>(84)</sup>。学識法自体、無防備だったわけではない。供述を拒む、あるいは矛盾を犯す証人に対する拷問が確かな保障となるように思われたのである。

要するに、証言による証明の優越性という規則を支える理由のある種ものは、この規則が提出された時代に由来している。従って、この規則が採用され、かつ後に廃止されるに至ったことは、この法律上の制度とその時代の社会条件との間の、このような密接な関係によってもっともよく説明されるのである。

## 注

- (1) 若干の著作家は、特殊な推定は一般的な推定よりも強くとする。Cf. Balde sur D. 22. 3. 1. cum de indebito.
- (2) 他の証人の供述と一致しない供述をする証人として排斥されない場合に限る。
- (3) Pillius, III, § 13 (éd. Bergmann, p. 72) 「解放奴隷よりも生来の自由人に、若年よりも老年に、上層民よりも下層民よりも、男よりも女よりも、貴族よりも平民よりも、《potius ingenuo quam libertino, seniori quam iuniori, honorato quam inferiori, masculo quam feminae》」° Tancrède, III, 12 (p. 246)。Damase, tit. 63. Jean de Salisbury, Policraticus V. 14. V. Dis-sensiones dominorum éd. Haenel, p. 230.
- (4) Bartole, sur C. 4. 20. 8 n° 8 2° 「教の上下は必ずしも優越しつゝ平等な場合を密に」《nisi in numero esset magnus



- excessus」に於ける事。<sup>90</sup>
- (15) Tancredè, III, 13, § 6 (p. 256). Glose sur C. 4. 21. 14. Hostiensis, Summa, de instrum. n° 8. G. Durant, de instrum. ed. § 8 n° 19. Bartole, C. 4. 21. 14.
  - (16) V. aussi Tancredè (p. 256), Bartole et G. Durant.
  - (17) C. 8. 18. 11 (de 469). V. Azon, Sum. C. 4. 21 n° 12. Com. 4. 19. 18. Glose C. 4. 21. 14. Hostiensis.
  - (18) Vincent de Beauvais, Sp. doc. VIII, 63 (この関する事件はさうしては公文書や、物に関する事件はさうしては公文書を要すものなり)。
  - (19) Jacques d'Arena cité par Cynus, C. 4. 21. 1 et 15 n° 2. Bartole, C. 4. 21. 14 n° 13. Balde cons. V, 466 n° 4 (現当債務者が彼が作成した文書を買取りしることを認めたが、これは公文書よりも価値が低くして証明した)。
  - (20) 職掌記録に於ける證人の地位を論ずる著者は反対の立場をとり、Bartole, Balde, etc... sur C. 4. 19. 25. J. Faure, C. 4. 19 n° 15. Decis. Rotae de Thomas Fastol, C. I dub. 1 (現掌事件に関する限りは三六十年に亘り一に四の所收)。V. c. XX sub. 41 (証人や證人たるもの証言を論ずる)。
  - (21) C. 4. 21. 15.
  - (22) V. C. 4. 20. 1 et 18. D. 22. 3. 10.
  - (23) 彼は Irnerius, Gratien 總令集 Paupacalea, Roland Brandnelli, Vacarius などは、この関する見解をその所説に於て、
  - (24) Othon de Pavie, XI et XII. Joh. Bassianus, § 375 et 419. Placentin, IV. 20. Bernard de Pavie, II. 13 etc...
  - (25) Rufin et Jean de Faenza sur 4 q. 2 et 3. 彼らはこの直前に於て「公的公書《carte publice》」として證明する事、V. de même Jean de Salisbury, Policraticus, V. 14 (証人の証言の記載は優先されるべきものなり《testes testimoniis praeferantur》)に於ける、D. 22. 5. 3. 3. の「証人を争う」。
  - (26) Tit. XII, § 4 (この十年に亘り一に十の證人)。
  - (27) Richard l'Anglais, Tit. de instrumentis 中の四段をその證人の段とする。
  - (28) Sur 4 q. 2 et 3, v° lux veritatis (après c. 3, § 1) (「彼は、証人は文書に優先し」、従つてこの場合、文書の真偽は証人に於ては決せられると主張する)。
- 同様に、証人が文書と抵触する場合は、証人の供述が文書の記載に優先するが、この頃の判例は裁判官に於ける、《dico quod testes preiudicant instrumentis, ut hic per eos probetur instrumenti

veritas sive falsitas. Item si testes configant cum instrumentis, potiora sunt dicta testium quam scriptiones instrumentorum, quod tamen iudici examinandum relinquitur」(ms. 3891).

(19) *Dissensiones dominorum*, éd. Haenel, §§ 214 et 217.

(20) Gl. sur C. 4. 21. 20 et Cynus sur C. 4. 21. 21 n° 7.

(21) Voir aussi: *Commentaria C. 4. 21. 15. Summa C. 4. 20 pr n° 12* (文書に反する供述を採る一名の文書証人による証明力を揺がす).

(22) *De Lanfranc de Créma* (Lanfranc de Créma) (v. Schulte, *Gesch. I*, 198) 一二〇三年以降ローニア大学教授、一二二九年没。彼は *Hostiensis* の師である (v. Hostiensis, *Summa, de confes.* n° 7)。「人の記憶はたよりならぬ」《*Memoria hominum labilis est*》」云々の彼の「見解」は Jean d'André, *glose marginale de X. 2. 22. 10* によつて伝えらるゝ。(23) V. Pillius, III, § 14. Pillius は Lanfranc の「見解」を引用するが、Lanfranc が提出した論拠を採用して「一日の中に教師が講義で多くを述べるにもかかわらず、学生の多数は教師は何いをも述べなかつたと誓うが、教師が多くを述べたところのが真実なのではあるから《quoniam dicit multa magister in die in scholis, et maior pars scholarium iuraret quod nunquam dixit, et tamen verum est quod ea dixit》」)。

(24) X. 2. 22. 10 (*Complatio IV*, 2. 8. un).

(25) *これら* la *Glose ordinaire*, vis ad nostram audientiam が肯定するものではない。

(26) 「彼らは言葉の上、契約締結に立ち会つたと供述した《qui iurati deposuerunt se interfuisse contractui... celebrato》」

(27) 「割愛された部分《pars decisa》」にあらう。被告 Pierre の主張を引用し、これを採用したように思われる教令は次のようにいう。すなわち「宣誓によつてその義務を負うがゆえに、その職務を誠実に執行するものと推定される公証人の権威に基づき、適格性のある二名の証人に認められると同様の信用性が、公証人によって作成された文書に与えられるならば充分である。しかし、汝は、四名の証人を用い……彼らの供述はこの適法な文書に優先すべきであると主張したのであるから……《Satis est etenim si propter tabellionis auctoritatem, qui suum officium fideliter adimplere praesumitur, quum ad hoc ex iuramento tenetur, tanta fides adhibeatur instrumento confecto, quanta foret dubus idoneis testibus adhibenda. Sed quum per quator testes... eorundem depositiones assertus instrumentum merito praefereudas》」。

- (28) この法文に対する注釈学者の「要綱《summa》」はどのようにいう(「文書の虚偽もしくは文書に含まれていないことは証人によって証明することができぬ《Falsitas instrumenti, vel quod deest instrumento potest probari per testes》」)。これは、「文書外の証明」とよばれるものであるが、マティン条令(「ordonance de Moulins」)によって禁止された。
- (29) Jaffé et Pothast, *Regesta*, n° 3372 と46°。この判決のテキストは Migne の公刊とかな。Innocent III の業績録によつては我々に伝えられてはいない(v. les tables à la fin du tome IV)。この判決は一二〇六年以降のものである。なぜなら、若干の写本(v. l'éd. Friedberg)によれば売買契約書は一二〇六年のものである。
- (30) この区別は、すでに Tancrède (p. 255) によって示唆されたものであるが、Barole においてはきわめて明瞭となつてゐる。C. 4. 21, 15 n°s 1 à 10 (文書証人が立ち会わなかった場合の問題); n°s 11 et 12 (「証人が」事実と異なる記載がなされた文書に「dicunt aliter scriptum quam fuisse actum」)。これらの場合も、解決方法は同じである。
- (31) Bartole, l. c. n° 6, et n° 4 (「それによつて文書に信用性を与えるために、文書に証人が用いられる……しかし、その場合証人によつて文書に信用性が与えられていない。従つて……《testes adhibentur instrumento ut per eos imponatur fides instrumento ... Sed tunc ei per testes fides non imponitur: ergo etc ...》」)。V. de même Pillius, III, § 14; Hostiensis, *Lectura* 2. 20. 10. G. Durant, § 8 n° 9. この反論に対する Innocent IV, eod. loc. によつて回答は一面説得力がない。すなわち、自分が文書作成に立ち会わなかったことを証明するには、各証人は「ただ一人そのように供述する証人」であり、従つて不十分である。文書が偽造であることを証明する場合、証人が一致した供述を行えば、この一致が供述を決定的たらしめる、という。しかし、この論証は支持できない。文書が偽造となるのは、正確に言えば、もっぱら証人らが立ち会わなかったという理由によるからである。
- (32) 「文書が敗れる《succumbit instrumentum》」(Vincentius *Hisp.* X. 2. 22. 9.)「何の価値もなす《nullius est momenti》」(Ordo scientiam, 30)「完全に弱さるゝ何ひもを証明しなす《omnino debilitatur, nihil probat》」(Innocent IV et Hostiensis, *Lect.* 2. 22. 10. n° 3 et 6), 「疑われ、無効となす《susppectum est, irritatur omnino》」(Hostiensis, *Summa*, n° 8)「二名の証人は文書の信用性を動揺せしめ《duo testes faciunt vacillare fidem instrumenti》」(Cynus C. 4. 21. 15)。
- (33) この見解は Hostiensis, Innocent IV, G. Durant, h. t. § 8 n° 10 によつて用いられ、よく説明されてゐる。
- (34) Bartole, sur C. 4. 21. 15 n° 8 によつて(しかし反駁された)この見解を見よ。Balde, *Consilia* V 403 などの見解

を引いているが、その訴訟事件についてこの見解をとらなかったのは、ペルージャ都市法によれば、文書を争うには一名の証人で足りるとされていたからである。最後に、G. Durant は公証人が信用できない場合にかぎって文書を却けた (§8 n. 10)。

(35) D. 29. 3. 1. 2.

(36) V. Cynus citant Johannes et Jacobus de Archio l. c. Bartole, l. c. n. 7. これらの著作家は、反対の学説を、作成に関しては(作成の信用性について《de fide scripturae》)これを認めたが、内容に関しては(事実の真実性について《de veritate facti》)これを認めなかった。これは妥協の試みである。Balde, consilia V. 79 は、四名の証人の印章のある公文書に反する供述をこの証人の中の一名が行った事案を挙げる。この事案ではさらに、公証人に悪評があったために、逮捕され、偽造に関して拷問されたが、自由をとることができず、公証人は釈放された。この場合文書は有効であろうか? Balde は、この場合の証人は「ただ一人そのように供述する、かつ、不可欠ではない証人《testis singularis et supernumerarius》」であるから、文書は有効である。証人の供述は徴憑にすぎず、証人と公証人の拷問がなされるかもしれないが、いずれも明白しなければ、公証人の公的權威に基づき《propter publicam auctoritatem tabellionis》「文書で満足すべきものである」となる。

(37) Vincentius Hispanus, l. c. Ordo Scientiam, l. c. Innocent IV, l. c. Hostiensis, Lectura, l. c. n. 11 はこの見解をとる。

(38) L. c. 「一名の証人の供述が文書と一致し、他のすべての証人の供述が文書と一致しない《Unus testis pro instructo, omnes alii contra》」場合 Pilius は文書を優先させる。——「公証人の供述が文書と一致し、すべての証人の供述が文書と一致しなす《Tabellio concordat cum instructo, omnes testes dissentiunt》」場合 Pilius は、証明を要する契約に応じて、文書あるいは証言を優先させる。——公証人の供述が文書と一致しない場合 Pilius は、公証人が悪意である可能性があることを理由に、文書を優先させる。——一名または複数の証人の供述が文書と一致し、他の残りの証人の供述が文書と一致しない場合 Pilius は、若干の証人が不注意であった可能性があることを理由に、文書を優先させる。

(39) L. c. n. 3 は、若干の文書証人が契約に立ち会ったことを否認した場合、文書は偽造となる、他の証人が契約はたしかに結ばれたと供述するならば、契約は証明されるが、その証人の数が一〇〇名であっても、契約を記載する文書はそれ

にもかかわらず偽造である、という。

- (40) *Lectura* I. c. n. 7 は、文書作成に立ち会ったことを否認する文書証人が実際にはそれに立ち会っていることが二名の証人によって証明されるならば、文書は有効である、という。

- (41) Cf. *Ordo Scientiam* (「しな」) 文書は、文書を作成した者が文書に記載された証人によって正しい以上を証明するものとせらるる《*Instrumentum autem non magis probat quam faceret persona quae condidit instrumentum cum testibus ascriptis instrumento*》J). Geoffroy de Trani, X. 2. 19 n. 10. Bartole, C. 4. 21. 15, n. 4. Hostiensis, Sum. n. 8.

- (42) Ed. Salmon, n. 1202.

- (43) 公証人によって作成された公文書は、文書証人の印章を備えた場合にのみ価値を有するものとせらるる。これには、唯一の例外、すなわち公証人(裁判所書記)によって裁判上作成された文書の例外しかない。Cf. Bernard de Parme, gl. sur X. 2. 19. 7. Hostiensis, Summa, de prob. in fine. G. Durant, h. t., §8, n. 18.

- (44) Pillius はこの種の証人の優越性を否定するが、この見解は教令 Cum Iohannes によって反駁せらるる。

- (45) J. Teutonicus, sur Compil. IV. 2. 8. un. et sur 4 q. 2 et 3 c. 3. Glose C. 4. 19. 5. Vincentius Hosp. X. 2. 22. 9. G. de Trani, X. 2. 19. n. 12. Glose X. 2. 19. 5 et 2. 22. 10 (citant Odofredus). G. Duarrt, §8 n. 3. Archidiaconus, 4 q. 2 et 3 c. 3. Jac. Butrigarius, tract. de testibus, VIII, n. 8.

- (46) C. 4. 21. 15 (同じ価値を有する《*parem vim obtinent*》J).

- (47) Sur X. 2. 22. 10. n. 7.

- (48) Cité par Cynus, sur C. 4. 21. 15 n. 1.

- (49) Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche は、例えばフランス大印章のある文書は証言で、証言は田舎の首席臣僚作成の書面に優先する、とせらるる。同様に見解を同じく、後期注釈学派の Simon Vincent, cité ibid.; Bartole, C. 4. 21. 15, n. 14, citant Nicolas Maitrelli, Jac. Butrigarius, etc. 種々の見解をこのトピックで比較する。Henri de Bohie, X. 2. 22. 10 (英語訳はたかバインスマーに基く、この新語をこの文に入れらるる)。

- (50) Hostiensis, *Lectura* 2. 20. 10 Summa n. 8, Jean de Dieu, tit. de fide instrum. Balde の著述は一定せらるる。C. 4. 21. 15 に関わらず、書面に二名の証人を超える価値を有する、三名の証人は二つの分の一の証明になるというが、他

の箇所では事実審裁判官に委ねらる (X. 2. 19. 5, X. 2. 20. 10)°。その法律助言においては、Balde は最初の見解に従っている (V. 385. なお、III 39 は、供述において一致しない二名の証人を却けている)。

- (51) 「その文書は公証人によるものでなければ価値を有しなかったものであり、かつ、公証人という文書作成者に対しては二名の証人の供述を優先せざるのが正しいから『Quia dictum instrumentum non habuit auctoritatem nisi a notario, et hinc auctori praefertur iustum est dictum duorum testimonium』」(Innocent IV)°。

- (52) Cf. infra Tancrède. したがって「文書」の部分の誤りは文書全体を無効にする効果を有するから、この区別はあまり重要ではない。 V. Cynus sur C. 2. 4. 42 n° 5, et Balde, Consilia III 66 et IV 405.

- (53) III. 13 § 6 (p. 255).

- (54) この問題については v. G. Durant, h. t. § 8, n° 9 et 16 (二人の男が一人の女と結婚していると主張し、そのひとりから書面を、他が証言を根拠とする場合は、証言を根拠とする者が勝つ)。

- (55) 他の契約を更改した新たな契約、あるいは、他の結婚の障碍となる古い結婚が優先するものである。しかし、前注の G. Durant による解決を見よ。

- (56) Vincent Hisp. et Glose X. 2. 19. 5. G. Durant, n° 15. Innocent IV et Hostiensis (Lectura 2. 22. 10) は「虚偽」の場合のさまざまな意味を用いる。すなわち、書面の瑕疵に異議を述べるさまざまな形で「間接的に」争う場合は、二名の証人を足りるが、「直接的に」争う場合は、それ以上の証人が必要であるところ。 V. Henri de Bohie, X. 22. 10 n° 8, et Archidiaconus, 4 q. 2 et 3.

- (57) 根拠となる法文は、C. 5. 51. 13. 1.

- (58) C. 4. 29. 23 pr.

- (59) Azon, Summa, C. 4. 21 n° 12. Hostiensis, Lectura, 2. 22. 10 n° 8.

- (60) 「あらゆる種の事柄は文書によってのみ証明される『Quaedam melius probantur per instrumenta』」と Tancrède は言うが、裁判官は、「何が事件の性質により相応しいか、そして、何がより真実に近うと看做しうるか『magis conveniat naturae negotii, et quod magis verisimile videtur』」を知らなければならぬ」と宣言している。他の著作家のこの言葉を繰返している。

- (61) Joh. Teutonicus, sur 4 q. 2 et 3 c. 3 v° eorum (「これは人間の記憶は一年を超えてもたないものであるから (D.

22. 3. 28) 然らば証人は時間の経過によってその信用性が変化するのでないであらう。《quia memoria hominum quandoque non habetur ultra annum (D. 22. 3. 28), tum ideo quia testes conseruerunt fidem suam variare ex tractu temporis》J. Geoffroy de Trani, X. 2. 19, n° 11. Liber practicus de Reims, n° CCLXXXVI (婚姻契約)
- (62) 基礎となる法文は、C. 4. 20. 18.
- (63) 《census》は始めは有名な法文、D. 22. 3. 10 を見よ。
- (64) ところで、契約の相手方を偽冒するために成人を装った未成年者の場合。この場合、未成年者の自己を含む書面は争ひとなり得る (C. 2. 43. 3)° あらう理由がないが、C. 4. 30. 13, C. 4. 3. 1. 2, C. 6. 22. 8 も引用された。この点については、v. Azon et Tancrède, et Gl. C. 2. 3. 17.
- (65) Hostiensis, Summa, h. t. n° 5 など、あるいは九のケースのリスト、G. Durant, h. t. § restat videre, v. Azo vero dicitur など、あるいは一〇のケースのリストを見よ。
- (66) Tancrède. G. Duart, l. c. n° 15 et 16.
- (67) Vincentius Hispanus, sur X. 2. 19. 5 (すなわち、*cum Iohannes*) を理由とせよ。
- (68) Sur X. 2. 19. 5 n° 15 (《ribaldus》は「無頼の徒 (ribaud)」と訳されるであろう)。
- (69) Glose sur C. 4. 20 の「甘き証詞 (viva probatio)」 Bartole sur D. 22. 5. 22 の「生きた証人 (testes vivos)」とこの表現を参照。
- (70) Ordo du Codex de Bambergensis, tit. XV (p. 311) 「然らば」証人尋問がロー法あるいはカノン法と異なり、*per leges nec per canones, sed per Daniellem introducta est*) J. Pilius III, § 13 in fine など、此文を参照。
- (71) Cité par Geoffroy de Trani, X. 2. 19 n° 9.
- (72) Sur X. 2. 22. 14 n° 1.
- (73) Tractatus de notorio, art. 1 n° 11.
- (74) Sur X. 2. 22. 10 n° 13.
- (75) V. Geoffroy de Trani, X. 2. 19, n° 11 et Lanfranc de Crémone. Innocent IV, sur X. 2. 22. n° 8 など、「文書が真実と争われ、然らば場合、露見するところ、変更を加えるところのとき、あるいは書面にのみ証明がより確実であらう、かつ

疑問をもちぬなら、どういふことを私はたしかに認める。証人の言葉は充分に変わりやすく、頼りないものだからである。《bene fateor quod ubi instrumentum non negatur verum, quod magis secuta et indubitata est probatio scripturae, quae immutari non potest quin appareat. Sed lingua testimonii satis mutabilis et labilis est》と云ふ。

(76) Hostiensis, *Lectura* X. 2. 20. 10 n° 9 はこれを逐語的に繰返つた。

(76) すでに述べたように、証言するとは「名譽《dignitas》である。この觀念は、証明は、生きている証人による場合一層（信用される）相応しい《probatio dignior (fide) per testes vivos》という規則と比較されるべきである。

(77) Pollicarius, V. 14 「証人が証言記録に優先されるべきである。なぜなら、証人は尋問することが可能であるのに対し、証言記録はこれ、なぐ何むとが見つても同じだからである《testes testimoniis praeferantur. Nam cum testes examinari possint, testimonia semper et apud omnes eadem sunt》」。

(78) D. 22. 5. 3. 2 「裁判官の恐ろしさを目の前にして尋問する人々は恐るべきに《ut possint terrore iudicis innimente interrogari》」。

(79) Balde, D. 22, 5. 3 §§ 1 et 3 (証人が震え、あるいは蒼ざめたか否かを裁判所書記によつて記録させる)。——Sur I. Item divus. —Sur C. 4. 21. 15 「証人の方が信用される。その理由は、証人は裁判官の前に現れ、事件とその事情および知識の根拠について尋問され、しかも、証人は、裁判官が供述を咎めるならばいかなる危険が迫るかを知っているからである……従つて、証人は証言するために出頭しない文書証人よりもはるかに信用に値すると看做されるのである《magis creditur testibus, et est ratio, quia testes veniunt coram iudice et interrogantur de negotio et circumstantiis eius et de causa scientie, et sciunt quantum periculum eis imminet si iudicis aures offendunt...》」。Cf. Irnerius, *Summa* C. 4. 20 n° 1 (「これはたゞ証人という」。「その最大の価値は出頭しなかつて得らるるものである《quorum auctoritas maxima habetur propter presentiam》」と云ふこと)。

(80) Cf. Jean Bouillier I, 106 (p. 621) 「裁判官は、根拠を示さなかつた書面の内容よりも、健全な記憶によつて供述し、その供述の根拠を示す証人の供述を重視すべきである」。

(81) Sur X. 2. 20 Rubr.

(82) Cf. Rufinus, 4 q. 2 et 3 (文書や「記録および証言《attestationes》」と云ふ) et Jean de Salisbury, l. c. (文書や



「証言記録《testimonia》」(註48)。Geoffroy de Trani, l. c. n° 10 (「証人のみならずが文書を信用するのを可能にする《Presentia testium facit ut instrumento credatur》」)。Innocent IV, l. c. n° 7. Cynus C. 4. 21. 15 (「公証人は証人と看做される《tabellio reputatur testis》」)。Bartole, eod. n° 4 (「それによつて文書に信用性を与えるために、文書に証人が用いられる《testes adhibentur instrumento ut per eos imponatur fides instrumento》」)。Balde C. 4. 21 Rubr. (「文書の価値は作成者の権威および(証人の)知覚から成る《constat vis instrumenti ex scribentis auctoritate et (testium) sensualitate》」)。裁判官による文書が「一名の証人」の供述によつて扱われることを参照。

- (38) この問題については、E. Caillmer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XII<sup>e</sup> siècle*, p. 71 n° 1 による適切な指摘を参照。

- (38) Voir A. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 59 et s. : idée de Jean d'Ibelin, ch. CXVII.